



Centro Universitário De Brasília – UniCEUB
Faculdade De Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

GEORGES HANNA MASSOUH

**A APLICABILIDADE DA *PLEA BARGAIN*
NO DIREITO BRASILEIRO**

**Brasília
2020**

GEORGES HANNA MASSOUH

**A APLICABILIDADE DO *PLEA BARGAIN*
NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: George Lopes Leite

**Brasília
2020**

GEORGES HANNA MASSOUH

**A APLICABILIDADE DO *PLEA BARGAIN*
NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: George Lopes Leite

Brasília, 03 de junho de 2020

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador: George Lopes Leite

Professor(a) Avaliador(a)

RESUMO

O presente trabalho, envolto na seara de Direito Processual Penal, visa o estímulo a um profícuo debate acerca do instituto denominado de *plea bargain*. O tema obteve sua repercussão acentuada com o advento do Projeto de Lei nº 6.341/2019, que, originalmente, visava a implementação da *plea bargain* no direito brasileiro. Ante tamanha notoriedade que o instituto obteve, esta pesquisa acadêmica encontrou terreno fértil para um estudo aprofundado sobre o tema e, principalmente, sobre a possibilidade de uma eventual mudança legislativa para a importação do instituto ao direito brasileiro. Desta forma, o presente trabalho objetivou a conceituação da *plea bargain* e suas modalidades em seu país de origem, os Estados Unidos, para adentrar na seara do direito comparado e traçar um paralelo ao modelo brasileiro. A pauta em questão vai desde a diferenciação entre os sistemas jurídicos da *civil law* e *common law* para desaguar nos agentes envolvidos na operacionalização da *plea bargain*. Por fim, o trabalho exemplifica os modelos de justiça negociada já existentes e em plena utilização no Brasil que, por ter um sistema jurídico distinto do americano, encontra suas próprias peculiaridades no ordenamento jurídico como um todo. Após a conclusão, o trabalho visa a obtenção de uma robustez argumentativa para que se possa entender quais são os empecilhos, vantagens ou desvantagens para importação da *plea bargain* ao direito brasileiro e, com isto, o trabalho conclui seu objetivo de estabelecer um entendimento holístico sobre o instituto e comparar a forma de sua aplicabilidade no direito norte-americano com o que seria implementado ao ordenamento jurídico Brasileiro.

Palavras-Chave: *plea bargain*. *civil law*. *common law*. Sistema Jurídico. Direito Processual Penal. Justiça Negociada. Magistrado. Acusação. Júri Popular. Transação penal. Suspensão Condicional do Processo. Colaboração Premiada. Acordo de Não Persecução Penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
1 DOS SISTEMAS JURÍDICOS ADOTADOS.....	08
1.1 <i>Da civil law</i>	10
1.2 <i>Da common law</i>	11
1.3 <i>Do sistema jurídico brasileiro</i>	14
2 DOS PROTAGONISTAS DO <i>PLEA BARGAIN</i>	18
2.1 <i>Da acusação</i>	19
2.2 <i>Dos magistrados</i>	23
2.3 <i>Do Júri popular</i>	28
3 DAS ESPÉCIES DE JUSTIÇA NEGOCIAL JÁ EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO.....	32
3.1 <i>Transação penal</i>	33
3.2 <i>Suspensão condicional do processo</i>	35
3.3 <i>Colaboração premiada</i>	37
3.4 <i>Acordo de não persecução penal</i>	39
CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS.....	45

INTRODUÇÃO

Ao analisar-se o judiciário brasileiro, faz-se conspícua a constatação de um grande problema que vem assolando este poder da república, qual seja, a sobrecarga de demandas processuais que, a cada dia, enfrentam uma exponente ascensão. No intuito de sanar esta situação, surgiu, nos Estados Unidos da América, a ideia de se criar uma justiça negociada, onde as lides e conflitos de interesses poderiam ser sanados antes mesmo de decorridas todas as fases do processo judicial ou, em alguns casos, antes mesmo da demanda chegar ao poder judiciário. Neste corolário, o instituto da *plea bargain*, objeto de estudo desta pesquisa acadêmica, obteve elevada aceitação no meio jurídico para solucionar as demandas criminais.

O tema escolhido para elaboração da presente pesquisa visa abarcar uma temática de relevante interesse social e propulsora de enfáticos embates acadêmicos entre diferentes juristas e estudiosos do direito. Com o advento da Lei, apelidados de “Pacotes Anticrimes”, que instituiu diversas alterações no processo penal brasileiro e visava, originalmente, a implementação da *plea bargain* ao ordenamento pátrio, uma pesquisa tanto doutrinária quanto empírica fez-se necessária para que se pudesse consolidar uma maior compreensão acerca do tema. Por esta razão, a questão em tela, notadamente contemporânea, ainda carecia de uma ótica que visava subsumir o instituto da *plea bargain* ao ordenamento jurídico brasileiro. Sob este escopo, a presente pesquisa visa abarcar tanto a aplicação do instituto em seu país de origem como, também, sua possível importação ao direito brasileiro.

Desta feita, a metodologia utilizada por este projeto deverá abarcar desde a gênese do instituto da *plea bargain*, passando pelo modo de sua aplicação em seu país de origem, até desaguar em um aprofundado e profícuo debate acerca da aplicabilidade do instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Nesta toada, faz-se forçoso enfatizar que, todo o projeto estrutura-se sob o alicerce da problematização causada pela *plea bargain*, portanto, o ponto nevrálgico da pesquisa será, inevitavelmente, um contraposição de argumentos de defensores e críticos do instituto, que será analisada com imparcialidade e tecnicidade, de forma que, ao final, o leitor será capaz de formular,

por si só, uma conclusão apropriada sobre o tema.

Para a problematização da pesquisa, no entanto, é imperioso ressaltar alguns pontos de extrema relevância para a aplicação da *plea bargain* ao ordenamento jurídico pátrio, principalmente, no tocante a dessemelhança em que se estrutura todo o ordenamento jurídico brasileiro e o estadunidense. Para isto, a pesquisa abará questões sobre as teorias políticas da *common law* e da *civil law*, ambas adotadas, respectivamente, pelo direito norte-americano e brasileiro. Ainda, para corroborar com todo o plexo técnico/jurídico envolvido na aplicabilidade ou não do instituto, deve-se, inexoravelmente, analisar os diferentes contornos dos procedimentos de acusação em vigência nos ordenamentos jurídicos comparados, de forma que, assim, o leitor poderá entender a dinâmica da *plea bargain* em sua origem, para que, posteriormente, se possa questionar sua aplicabilidade no direito brasileiro.

Neste corolário, se esclarece que, no início da presente pesquisa, o pacote anticrimes ainda era um Projeto de Lei em trâmite legislativo, sob o número PL 6.341/2019. Entretanto, durante a execução deste trabalho, o pacote anticrimes foi efetivamente aprovado e convertido em Lei e, embora tenha sofrido significativas alterações como, por exemplo, a não implementação da *plea bargain* tal como originalmente previsto, abriu brecha para debates ainda mais profícuos acerca do instituto.

A Lei 13.964/2019, que implementou o referido Pacote Anticrimes no ordenamento jurídico brasileiro, já está em pleno vigor em todo território nacional. Não obstante a *plea bargain* não ter encontrado respaldo nesta lei, já há, no Congresso Nacional, movimentos que visam, ainda assim, instituí-la por outras vias, como uma lei própria. Por este motivo, a implementação da *plea bargain* no ordenamento jurídico brasileiro ainda é objeto de acalorada discussão e, portanto, este projeto de pesquisa continua demonstrando-se de extrema relevância para a devida reflexão e para a consolidação do entendimento pleno sobre a matéria. Em suma, a pesquisa não se limitará a uma mera explicação sobre o instituto da *plea bargain*, mas, certamente, extrapolará o limite conceitual para, de maneira técnica e metodológica, trazer ao leitor

uma compreensão holística sobre o instituto.

1 DOS SISTEMAS JURÍDICOS ADOTADOS

O *plea bargain* é um instituto jurídico do direito processual penal amplamente utilizado nos países de origem anglo-saxã, como os Estados Unidos da América, onde este instituto obteve sua gênese no final do século XIX e começo do XX. Por meio da *plea bargain*, faz-se possível a celebração de um acordo entre a acusação e o acusado de praticar um ilícito criminal. Este acordo deve ser posteriormente homologado pelo magistrado. Desta forma, o instituto consiste em atribuir um amplo poder de negociação ao membro representante do ministério público e este, por sua vez, poderá negociar a pena ou, eventualmente, a não persecução criminal do acusado, pelo intercâmbio de informações tidas como relevantes pela a acusação.

Por meio do acordo obtido na *plea bargain*, o acusado, ao aceitar a proposta apresentada pela acusação, deverá se declarar culpado dos crimes a ele imputados por intermédio do termo amplamente divulgado em obras cinematográficas que retratam os julgamentos norte-americanos, o famigerado *plead guilty*. Ao aceitar o acordo, o magistrado deverá alertar o acusado dos direitos que lhes serão tolhidos, como o direito a um advogado, o julgamento pelo tribunal do júri, o direito de ter conhecimento das provas obtidas pela acusação e, em muitos casos, o direito de recorrer às instâncias superiores de jurisdição.

Desta forma, deve-se enfatizar que, o gênero da *plea bargain*, subdivide-se em quatro espécies. A primeira espécie da *plea bargain* é a chamada *charge bargain*, ou a barganha da acusação, em tradução livre. Esta espécie ocorre quando o promotor de justiça sugere mudar a acusação do acusado para outro tipo penal menos grave, como, por exemplo, mudar a acusação de roubo para furto. Já a segunda espécie é a *count bargain*, onde, em acusações com pluralidade de delitos, será proposto a retirada de um ou mais ilícitos penais, como, por exemplo, em uma acusação de roubo e lesão corporal, o promotor poderá retirar a acusação de lesão corporal e manter a de roubo. Já na espécie denominada de *fact bargain*, o promotor sugerirá uma barganha em relação aos fatos da acusação, onde, por exemplo, em uma acusação de tráfico de drogas em que foram apreendidos 20 quilos de substância proscrita, o ministério público oferecerá a

denúncia por apenas 10 quilos, o que logrará uma pena menor ao acusado. Por último, tem-se o *sentence bargain*, que tem a natureza de uma recomendação onde, se o acusado aceitar o acordo e colaborar com informações, o promotor recomendará ao juiz o cumprimento de uma determinada pena para o acusado, que, importante frisar, não vinculará o magistrado a aceitá-la.

Em verde, quaisquer que sejam os conceitos que apresentem-se de forma concisa para definir tal instituto, não farão jus à complexidade que o envolve. Para que se possa entender seu verdadeiro significado e a real forma de sua aplicabilidade, deve-se, previamente, analisar a existência dos dois grandes gêneros que se contrapõem dentro do processo penal, são eles: a Justiça Consensual e a Justiça Conflitual ou Imposta.

Em se tratando de Justiça Conflitual ou imposta, deve-se ter em mente que é, em síntese, a justiça exercida pelas mãos do Estado, sendo este o único legitimado para exercê-la, de sorte a evitar que, em nome da justiça, venham a ser praticadas arbitrariedades pelas mãos de indivíduos privados contra outros concidadãos. Trata-se, em verdade, de um monopólio do emprego de certas atribuições ou até mesmo, como no caso do direito penal, do uso da força pelo Estado a fim de manter a ordem e a paz social.

No tocante à Justiça Consensual no âmbito do processo penal, deve-se ter em mente que a *plea bargain* encontra-se inserida na chamada Justiça Negociada, principal espécie do gênero da Justiça Consensual. Neste corolário, tem-se que, a rigor, é dada uma autonomia aos membros do ministério público, legitimados a exercer a persecução penal, para que estes possam barganhar ou negociar a pena com acusado em troca de informações que, em tese, trariam uma vantagem maior ao Estado do que a simples condenação de um réu. Em suma, seria uma espécie de intercâmbio realizado entre o Ministério Público e o acusado, que poderia acarretar, por exemplo, no desmantelamento de uma organização criminosa através das informações obtidas por um de seus integrantes, em síntese, poderia resultar na troca de um criminoso, por vários.

Neste sentido, evidencia-se que, em teoria, a *plea bargain* seria um instrumento hábil a combater as organizações criminosas em que haja uma estrutura organizada e

hierarquizada. Contudo, a aplicação do instituído deve ser analisada sob a égide do mais detalhado escrutínio técnico, que deve perpassar da teoria à sua aplicação empírica, para que se possa chegar a uma conclusão definitiva sobre sua eficiência e aplicabilidade tanto no ordenamento jurídico brasileiro como no ordenamento jurídico norte-americano.

Após as breves considerações sobre o instituto do *plea bargain*, para entender sua aplicabilidade no direito, faz-se necessário passar a uma análise técnica acerca do sistema jurídico em que o instituto se alicerça. Para isto, é indispensável a explanação de dois sistemas jurídicos que servem de estrutura para a construção do direito, que são, a *commun law* e a *civil law*.

Ao analisar os maiores ordenamentos jurídicos no mundo, pode-se perceber que, a depender de sua origem histórica, será adotado um destes dois sistemas ou, como em alguns casos, uma simbiose de ambos para a estruturação do direito no Estado.

1.1 Da *civil law*

Os países cujo ordenamento jurídico originaram-se da influência do direito romano-germânico tendem a adotar o sistema da *civil law*. Explica-se este fato pela própria história, tendo em vista que os romanos foram os maiores propulsores do direito positivado e sistematizado por meio de códigos, desde as Leis das Doze Tábuas, que representavam o cerne do direito romano, até o que chamamos, na atualidade, de Código Penal, Código Civil e outros complexos normativos estruturados. Entretanto, este sistema jurídico permaneceu esquecido após a queda do império romano até o fim do período mais sombrio da idade média. Foi somente no século XII, após o redescobrimento do *corpus juris civilis*, escrito pelo então imperador Justiniano, é que se passou a readotar a racionalidade lógica e codificação das leis no Estado como base do sistema jurídico. Nascia, assim, o sistema jurídico da *civil law*.

A tendência dos romanos em, por meio do senado da República e da chancela do imperador, criar e positivar leis com o intuito de oferecer aos cidadãos o conhecimento prévio das normas do império e proporcionar-lhes um mínimo de segurança jurídica, fez

com que o direito Romano caracteriza-se quase que integralmente por meio das leis escritas e previamente pactuadas, aprovadas segundo o processo legislativo vigente. Neste sentido, vão os ensinamentos de Castro (2017 apud CAMPOS, 2017):

O Sistema Jurídico do Civil Law caracteriza-se pelo fato de as leis serem a pedra primal da igualdade e da liberdade, posto que objetivava proibir o juiz de lançar interpretação sobre a letra da lei, fornecendo, para tanto, o que se considerava como sendo uma legislação clara e completa; onde, ao magistrado, caberia apenas proceder à subsunção da norma.

Portanto, vislumbra-se que, para o direito romano e, conseqüentemente, para o *civil law*, a lei escrita deve ser aplicada da forma como se encontra positivada e regida pela sistematização da codificação, sem sofrer qualquer tipo de mudança em sua aplicabilidade até que outra lei venha a substituí-la.

Deste modo, os Estados vizinhos ao antigo império romano passaram a adotar, desde o fim da idade média, a *civil law* como base para a edificação do direito. Este foi o caso, por exemplo, de Portugal, Itália e Alemanha que passaram a adotar este sistema jurídico de forma substancial para a formação do Estado. Devido a colonização de Portugal, o Brasil não foi exceção, passando a adotar, desde a colônia, a legislação portuguesa, bem como a influência do direito alemão e italiano. Portanto, também o Brasil se tornaria um país adepto da *civil law*, ressalvadas suas peculiaridades pós-independência.

1.2 Da common law

Já o sistema jurídico da *common law*, por outro lado, encontrou sua gênese no direito anglo-saxão, que teve como o maior expoente a Grã-Bretanha. Historicamente, pelo fato de a Grã-Bretanha ter-se consolidado como uma monarquia baseada na tradição e nos costumes, foi-se criado o sistema jurídico da *common law*, que tem os costumes como principal fonte do direito e permanece, quase sempre, com uma evolução normativa em ritmo desacelerado, devido ao conservadorismo empregado nos costumes em geral.

Tal como na *civil law*, o intuito deste sistema foi estabelecer uma sensação de segurança jurídica, dando aos cidadãos a certeza de que, por ser os costumes e, portanto, o direito, quase inertes, não haveria risco de uma decisão judicial tomar um rumo diverso das lides anteriormente julgadas. Neste corolário, ressalta-se que, para a *common law*, as decisões judiciais têm primazia sobre as leis escritas, uma vez que a decisão judicial utiliza-se de uma norma escrita apenas em caráter norteador, mas o condão do julgamento será, em grande parte, os costumes e a tradição, consolidados pela jurisprudência e pela aplicação do direito empírico à lide.

Por ter sido uma colônia inglesa, os Estados Unidos da América, passaram a adotar este sistema jurídico como base da criação de seu próprio direito. Após o fim da revolução americana, em 1776, e da efetiva independência deste país para tornar-se um Estado soberano, os novos legisladores entenderam por manter o sistema da *common law* priorizando os costumes como fontes de direito. Este fator pode ser observado entranhado em todo o direito norte-americano, tanto pela Constituição Federal Americana e o *bill of rights*, promulgados, respectivamente, em 1787 e 1791. Também, a presença do júri popular para julgar a maioria dos casos, inclusive os de âmbito civil é mais um indicador deste fator. Nota-se, com isto, que a opinião popular, baseada nos costumes, é primordial para o sistema de justiça americano, sobrepondo-se, inclusive às leis escritas. Neste mesmo sentido, ensina David (1997 apud CAMPOS, 2017):

Direito inglês está na origem da maioria dos países de língua inglesa, tendo exercido uma influência considerável sobre o direito de vários países que sofreram, numa época de sua história, a dominação britânica. Esses países podem ter se emancipado da Inglaterra e seu direito pode ter adquirido ou conservado características próprias. Mas a marca inglesa muitas vezes permanece profunda nesses países, afetando a maneira de conceber o direito, os conceitos jurídicos utilizados, os métodos e espírito dos juristas.

Ainda, na *common law*, não é raro analisar-se a criação de alguns institutos que não encontram respaldo legal e, por adotar os costumes com principal fonte do direito, será prezado o respeito aos precedentes. Trata-se de um respeito jurisprudencial, tendo em vista que a jurisprudência nada mais é, do que um caso que já fora julgado pelo judiciário e, com o intuito de atribuir segurança jurídica e por entender que os costumes

não mudam de forma repentina, deve-se, neste sistema jurídico, acatar os entendimentos previamente julgados como o ponto arquimediano do direito.

Apenas se muda o entendimento jurisprudencial quando, de fato, mudarem os costumes, mesmo se a lei permanecer a mesma. Nota-se isto ao analisar os famosos casos “*Plessy v. Ferguson*” e “*Brown versus Board of Education*” que julgaram, em períodos distintos, respectivamente, constitucional e inconstitucional leis semelhantes que instituíam a segregação racial nos Estados Unidos da América.

No caso “*Plessy v. Ferguson*”, os *justices* (equivalentes aos ministros da Suprema Corte no Brasil) entenderam que a lei da cidade de Ferguson que instituiu vagões de trem para passageiros brancos e outros para passageiros negros de forma segregada, era constitucional, pois não desrespeitava a Constituição Federal Americana. Já, anos mais tarde, no caso “*Brown versus Board of Education*”, a Suprema Corte Americana acabou por declarar como inconstitucional todas as leis que estabelecessem qualquer tipo de segregação racial naquele país, como no caso de Linda Brown que ajuizou uma ação após ser proibida de entrar pela mesma entrada de pessoas brancas na escola onde estudava.

Nota-se, nestes dois casos, que, mesmo sem qualquer alteração na constituição, as decisões de casos semelhantes foram diametralmente opostas por influência puramente da mudança dos costumes no território americano, mesmo com as normas escritas permanecendo as mesmas, o que denota, mais uma vez, a primazia da *common law* pelos costumes em detrimento da legislação escrita e positivada. Para melhor compreender o aludido, vão os ensinamentos de Leite e Silveira ([20-?], p. 05):

Segundo entendimento convencional da doutrina, o common law, modelo comum aos países de colonização inglesa, trataria as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhes efeitos vinculantes e gerais e atribuindo à lei papel secundário.

Neste sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-ia, por indução, formular as regras aplicáveis a situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorreria na medida em que associações e distinções entre casos ensejassem a aplicação de resultados idênticos ou provocassem a criação de novos precedentes.

A comparação entre estes dois sistemas jurídicos é de extrema relevância para que se possa entender o instituto da *plea bargain* por meio de uma visão holística que estende-se desde sua origem até sua eventual aplicabilidade no direito brasileiro. Desta forma, não há como analisar a eficácia do instituto no Brasil sem, antes, ter permeado os sistemas jurídicos onde o instituto obteve sua gênese, ou seja, no sistema da *common law* e, de outro lado, o sistema jurídico adotado no Brasil.

Posto isso, já perceber-se o primeiro empecilho que a aplicabilidade do instituto enfrentará ao adentrar ao ordenamento jurídico brasileiro. Por tratar-se de um instituto completamente desenvolvido e voltado ao sistema jurídico da *common law*, deve-se ter em mente que, a sua incorporação ao ordenamento brasileiro necessitará de uma série de mudanças e alterações estruturais para adaptar-se ao sistema jurídico adotado no Brasil.

1.3 Do sistema jurídico brasileiro

Como já ventilado anteriormente, em teoria, o sistema jurídico adotado no Brasil consubstancia-se na *civil law*. Entretanto, ao esmiuçar a estrutura jurídica brasileira, levando em conta as diversas mudanças históricas sofridas, constata-se que, em verdade, o sistema jurídico brasileiro, com o passar dos anos, passou a ser uma simbiose entre o *civil law* e *common law*.

Evidencia-se este fato, ao observar-se que, cada vez mais, na prática jurídica, os advogados, magistrados e demais operadores do direito vem utilizando-se de precedentes jurisprudenciais para fundamentar suas ações e proferir suas decisões. Isto porque, devido à complexidade das relações humanas, apenas as normas escritas são insuficientes para regulamentar todas as ações da sociedade moderna. Seria impossível esperar que o Poder Legislativo positivasse, observando os devidos ritos e trâmites legislativos, todos os aspectos da vida humana como ela se apresenta nos tempos atuais. Desta forma, resta, ao Judiciário, poder este que encontra-se no limiar entre os fatos da vida e o direito, encontrar uma solução justa para as lides, mesmo se, porventura, não haja uma norma específica regulamentando o aspecto do litígio objeto de julgamento.

Por esta razão, a tendência do ordenamento jurídico brasileiro vem encaminhando-se no sentido de adotar alguns aspectos da *common law*, contudo, sem perder a essência estabelecida pela *civil law*. Este é o caso, por exemplo, do direito processual civil que, com a vigência do Novo Código de Processo Civil (2015), estabeleceu, em seus artigos 489 § 1º, 926 e 927 que nenhuma decisão judicial seria considerada fundamentada se não seguisse os precedentes e a jurisprudência, bem como estabeleceu que tanto os juízes quanto os tribunais deveriam observar as decisões das instâncias superiores e o sistema de precedente.

Art. 489. [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

[...]

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL, 2015).

Com isto, a própria legislação processual civil passou a não só admitir, mas também impor a observância aos precedentes e à jurisprudência consolidada pelas instâncias superiores como requisito de fundamentação das decisões judiciais. Já o direito penal, por sua vez, não foge à regra, cabe ao magistrado julgar as lides observando a jurisprudência das Cortes Superiores, principalmente as decisões cujo efeito caracteriza-se como *erga omnes* ou vinculante.

Tal constatação, faz-se flagrante ao analisar-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da execução de pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, onde, no julgamento das Ações Diretas de

Constitucionalidade 43, 44 e 54, restou assentada a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Tais ações buscavam questionar a constitucionalidade do referido artigo do Código de Processo Penal que versa sobre a impossibilidade da execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Após o julgamento das ADCs, todos os juízes de execuções penais, quando provocados pelas partes, passaram a expedir alvarás de soltura para os casos que subsumiam-se à decisão do STF, fundamentando os alvarás, inclusive, com o precedente estabelecido pela Suprema Corte.

À vista disto, vislumbra-se que, o Brasil não mais é um país onde vigora, unicamente, o sistema jurídico da *civil law*, mas, também, alguns relevantes aspectos da *common law*, o que leva a doutrina a descrever o sistema jurídico brasileiro atual como um sistema jurídico sincrético, misturando o aspecto codicista positivado, sem perder de vista a força dos precedentes jurisdicionais.

O sistema brasileiro atual não representa diálogo ou convergência entre os sistemas da Common Law e Civil Law, mas sim de um verdadeiro sincretismo entre os dois sistemas, uma adoção desorganizada de um sistema que, apesar de pautado na codificação, tem cultuado os precedentes como se fosse a única forma de fundamentação de uma decisão judicial, e como se fosse fundamentação suficiente (Gabriela Oliveira Freitas, anais do II congresso nacional da federação de pós-graduandos em direito (FEPODI, 2015 apud GONÇALVES, 2018).

Neste sentido, verifica-se um sincretismo entre os sistemas jurídicos. O Brasil ainda permanece um país eminentemente consubstanciado na *civil law* e o direito processual brasileiro propriamente dito mantém-se integralmente positivado e fiel aos estritos procedimentos formais ditados pelos Códigos de Processos. Nesta toada, por tratar-se de um instituto iminentemente processual, a *plea bargain* enquadra-se como um procedimento que, para ter sua aplicabilidade introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser indiscutivelmente positivada, não havendo a possibilidade de seu ingresso via construção ou invenção jurisprudencial. Por esta razão, o ex-Ministro da Justiça, Sergio Moro, propôs um projeto de lei que visava incluir, no processo penal brasileiro, o instituto da *plea bargain*, mas que fora substituído pelo acordo de não persecução penal.

A relevância de elucidar os diferentes institutos jurídicos encontra respaldo quando discute-se a legitimidade da aplicação da *plea bargain*. Nos Estados Unidos, é aceitável e legítimo que um membro do ministério público, que naquele país é eleito, possa negociar com o acusado em nome dos costumes sociais e até *contra legem*, visto que as leis, naquele sistema, são meros norteadores das condutas, sendo o costume a verdadeira fonte de direito em caráter inarredável. De outro lado, os países adeptos da *civil law*, onde não se discute, ao menos em tese, nada fora lei escrita, tal legitimidade atribuída à acusação encontra dificuldade em subsistir.

2 DOS PROTAGONISTAS DA *PLEA BARGAIN*

Inicialmente, deve-se realçar o fato de que, desde o surgimento da *plea bargain* nos séculos XIX e XX, os agentes que atuam na seara jurídica norte-americana, tal como em outros Estados, sofreram significativa evolução. Nesta lógica, ao analisar a jurisprudência norte-americana anterior a esse período, nota-se que as informações dadas pelos acusados quase nunca eram revestidas com a devida relevância, uma vez que, à época, em razão da fragilidade do acusado e de um sistema sem garantias de defesa, os tribunais não valorizavam os fatos narrados pelos réus, em razão de já estarem manchados com a ignomínia de criminosos, mesmo antes da condenação.

Dito isto, nota-se que, só depois da conquista de direitos e da consolidação do Estado garantidor e assegurador do devido processo legal, os acusados passaram a se defender de forma adequada, sendo resguardado o direito de constituírem defensores e obterem, com isto, uma paridade de armas com a acusação. Para entender a importância dos agentes envolvidos na *plea bargain*, faz-se imperioso uma breve retrospectiva sobre a política norte-americana e seus principais acontecimentos, como, por exemplo, a guerra civil americana e os movimentos a favor da implementação dos direitos civil naquele país.

A guerra da secessão americana, conflito marcado por uma violenta movimentação bélica e a disputa entre as colônias Sulistas e as Norte no século XIX foi um marco para a implementação de um ordenamento jurídico a nível federal nos Estados Unidos. Anteriormente a este conflito, o direito variava de acordo com o estabelecido por cada colônia americana, bem como por questões como cor da pele, o gênero e a nacionalidade do acusado, sendo, portanto, um direito que beneficiava setores específicos da população. Desta forma, após a guerra, com as mudanças de rumos tomadas pelos Estados Unidos, principalmente com a abolição da escravidão e a implementação de um sistema federalista propriamente dito, o país passou a desenvolver sua potência econômica, dando uma reviravolta rumo ao progresso.

Passado quase um século deste conflito, os grupos de trabalhadores, imigrantes, mulheres, negros e toda a sorte de minorias tomaram as ruas do país pedindo direitos

iguais e julgamentos justos a todos os cidadãos. Depois de inúmeros protestos, sacrifícios e mortes, estes ideais, pelo menos em tese, obtiveram resultados concretos. Assim, houve o advento de um direito uno para todos e o ordenamento jurídico daquele país teve de se adequar às novas mudanças. É neste escopo que, até a atualidade, vem se desenvolvendo, no direito norte-americano, a ascensão de magistrados independentes e imparciais, uma acusação que tem como função a manutenção da paz social e um júri desarraigado de antigos preconceitos. Todos os agentes citados exercem protagonismo na aplicação da *plea bargain* e, por esta razão, devem ser analisados, para que se possa entender a forma de sua organização e sua legitimidade para a aplicação do instituto.

2.1 Da acusação

Em se falando de um instituto típico da justiça negocial, faz-se mister compreender quem detém a legitimidade para promover a acusação criminal. Originado no direito americano, o *plea bargain* conta com a inexorável figura do *prosecutor* (equivalente ao Promotor de Justiça no Brasil) de um lado e do acusado, de outro. Portanto, para entender a dinamicidade dos procedimentos da *plea bargain*, deve-se fazer uma breve exposição sobre como se organiza o órgão da acusação americano para, a seguir, se possa comparar os modelos brasileiro e estadunidenses, uma vez que, o ponto nevrálgico da pesquisa gira em torno da problemática sobre a possibilidade ou não da importação de tal instituto ao Brasil.

Aqui, será avaliado a legitimidade atribuída aos membros do órgão estadunidense equivalente ao Ministério Público brasileiro. Naquele país, os membros da acusação não exercem o cargo após serem empossados e aprovados por meio de concursos públicos de provas e títulos como no Brasil, mas, sim, por meio de nomeações ou eleições. Portanto, a legitimidade para negociar um eventual acordo de não persecução penal, nos Estados Unidos da América, é atribuído por meio da população direta ou indiretamente, visto que, os membros da acusação estão investidos de legitimidade dada pelos próprios cidadãos. Desta forma, a representatividade atribuída à acusação americana lhe é assegurada por meio de eleições diretas ou, se assim não for, por meio de nomeações ao cargo.

Deve-se, antes de mais nada, elucidar como estrutura-se o Ministério Público americano e como são nomeados/eleitos os *prosecutors* americanos. A figura do *U.S. attorney general* (cargo equivalente ao Procurador-Geral da República no Brasil), que, à época da colônia americana, já era utilizado como fiscal da coroa inglesa, foi institucionalizado e recepcionado pelo direito propriamente estadunidense pós-independência, com o advento do *judiciary act* de 1879, que instaurou a organização judiciária naquele país, bem como instituiu a previsão para que o *U.S. attorney general* nomeasse uma pessoa de notável saber jurídico para atuar em seu nome em cada estado norte-americano, os chamados *state's attorney general* (equivalente ao cargo de procurador-geral do estado, no Brasil). Assim, nasce o primeiro esboço de promotores e procuradores de justiça naquele país. Neste sentido, são os ensinamentos de Tenório (2011 apud FONSECA, C. B. G.; CORREIO, L. S. S.; CORREIO, D. C. R., 2016, p.125):

Nos Estados Unidos, a Lei Judiciária de 1789 criou a Promotoria do Procurador-Geral, o qual se tornou, ao longo dos anos, o chefe do Departamento de Justiça, órgão equivalente à soma da Procuradoria-Geral da República e do Ministério da Justiça no Brasil.

Atualmente, o *U.S. attorney general*, atua como chefe do departamento de justiça norte-americana, o DOJ, *Department of Justice*, bem como exerce a chefia judiciária como advogado que representa os interesses dos Estado Unidos no âmbito federal. No Brasil, seria como uma mescla das atribuições de Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, que defenderiam e aconselhariam juridicamente a federação e o chefe do Poder Executivo, bem como os ministros de estado (chamados de secretários nos Estados Unidos), tudo em esfera federal. Tal como o Procurador-Geral da República no Brasil, a indicação do *U.S. attorney general* dá-se por livre indicação do Presidente da República, sendo necessária a posterior aprovação perante Senado Federal (FONSECA, C. F., 2011).

Hierarquicamente abaixo da figura do *U.S. attorney general*, existe os *state's attorney*, cuja a função específica varia de acordo com a constituição estadual de cada ente federado, mas que, em linhas gerais, se atribui a incumbência de processar os crimes, contravenções e, principalmente, ofensas cíveis cometidos em detrimento do

estado americano, de acordo com os limites da jurisdição do estado em que atua. Este cargo aproxima-se do de Procurador-Geral do estado no Brasil, com a ressalva de que, nos Estados Unidos, estes agentes públicos são eleitos diretamente pelos cidadãos.

Já o *district attorney* é responsável por promover as ações penais em nome do estado onde atua. Este cargo é equivalente ao de Promotor de Justiça no Brasil. A depender do estado americano, o cargo de *district attorney* pode ser tanto eletivo, quanto de livre nomeação pelo chefe do poder executivo estadual e, posteriormente, ratificado pelo poder legislativo do ente federativo.

Abaixo dos *district attorney*, estão os *Assistant district attorney* que não são nem eleitos nem nomeados, mas, sim, contratados pelo escritório do *district attorney* entre advogados experientes, para auxiliar nas persecuções penais. O cargo de *Assistant District Attorney* é o que, no Brasil, entendemos, também, como promotores de justiça e, na maioria dos casos, são eles que estão à frente das demandas criminais. Nesta toada, observa-se que os *prosecutors* caracterizados pelos *district attorney* e *Assistant district attorney*, são cargos equivalentes aos Promotores de Justiça.

Desta forma, salienta-se que, em nenhum momento, a legislação estadunidense descreve o Ministério Público norte-americano como uma instituição centralizada, como no Brasil. Em verdade, aos integrantes desta instituição é dada total liberdade e discricionariedade em suas atividades. Neste sentido, são os ensinamentos de Ma, (2011 apud FONSECA, C. B. G.; CORREIO, L. S. S.; CORREIO, D. C. R., 2016, p.129):

O promotor está dotado por lei de uma ampla discricção para processar infratores da lei. Ele tem autoridade para promover ações penais públicas, conforme as informações de que dispuser, e de descontinuí-las quando, de acordo com seu próprio julgamento, os fins da justiça houverem sido alcançados.

Já no Brasil, por sua vez, o Ministério Público é estruturado como uma instituição autônoma, porém centralizada. Muito embora, nos dois países, a estrutura das instituições, se comparadas lado a lado, seja diametralmente oposta, sua principal diferença consubstancia-se no princípio da obrigatoriedade da persecução penal aplicado

no Brasil. Ao contrário do que ocorre neste país, o direito estadunidense atribui completa discricionariedade aos membros do Ministério Público.

Tal princípio, consiste na afirmação imperativa que o Código de Processo Penal faz ao dispor, por meio de norma cogente que: “Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.” (BRASIL, 1941), em completa oposição à atuação do Ministério Público norte-americano, onde a decisão de prosseguir com a persecução criminal ou, porventura, deixar de processar o acusado, fica ao livre alvedrio do membro representante daquela instituição.

Portanto, aqui encontra-se outro ponto de grande relevância para a aplicabilidade da *plea bargain*. Ao comparar o Ministério Público do país de origem do instituto em questão, vislumbramos que, se o membro que representa a acusação estadunidense tem o poder de interromper a persecução penal, a ele é dado também o poder de proceder qualquer tipo de acordo, desde a redução de penas até a eventual não persecução penal como no caso da *count bargain* ou da *fact bargain*, ainda que haja a necessária declaração de culpa do acusado.

No Brasil, por sua vez, para que haja a efetiva implementação do instituto da *plea bargain*, deve-se, primeiramente, mitigar o princípio da obrigatoriedade da persecução penal, o que, por si só, representaria uma drástica mudança na forma como as acusações criminais são levadas à cabo. A dramaticidade desta mudança acarretaria em uma completa reestruturação dentro da instituição do *parquet*, tendo em vista que toda a entidade é estruturada de acordo com as normas processuais hoje em regência e, portanto, haveria a necessidade de uma nova delimitação das atividades e competências funcionais de cada membro do ministério público frente à esta mudança que revolucionaria, para bem ou para mau, o processo penal brasileiro.

Importante frisar que, há quem assevere que a *plea bargain* não colide, necessariamente, com o princípio da obrigatoriedade da persecução penal, uma vez que para a efetiva celebração da barganha criminal, o acusado deveria declarar-se culpado (OLIVEIRA, 2016). Portanto, ao fazer um réu assumir a autoria de um crime, a acusação já obedeceria ao princípio da obrigatoriedade. Entretanto, o processo penal deve ser

analisado de forma holística, entendendo-se que os princípios a ele aplicáveis são sincréticos e não devem ser interpretados de forma apartada. Como é sabido, o princípio fundamental do processo penal é o da verdade real, que estabelece a incansável busca pela realidade dos fatos e não admite presunções fictas dentro processo. Dito isto, resta evidenciado que, a obrigatoriedade da persecução penal deve abranger todos os esforços necessários até que seja esclarecida a realidade do fato investigado, não admitindo-se uma condenação carente de fundamentação, com a mera declaração de culpa do acusado. Vê-se, pois, que ambos os princípios da verdade real e da obrigatoriedade da persecução penal encontram-se atrelados.

Outro ponto de relevante interesse, como já vimos, diz respeito à legitimidade do *parquet* para atuar em negociações de processos criminais, tendo em vista que, diferentemente dos Estado Unidos da América, no Brasil, os membros representantes do Ministério Público não são eleitos, mas, empossados após obterem êxito em concursos públicos de provas e títulos. Á vista disto, por não representarem direta ou indiretamente a população por meio de eleições, os representantes do Ministério Público não gozariam de total legitimidade popular para negociar as ações criminais, tal como feito na *plea bargain*, onde é lícito, inclusive, a alteração de fatos (*fact bargain*) ou sugestão de sentenças (*sentence bargain*).

No Brasil, o *parquet* está adstrito aos procedimentos legais estabelecidos na legislação processual e estes procedimentos, por sua vez, são emanados do poder legislativo federal, que são os representantes do povo legitimados por meio de eleições diretas, de sorte que a autonomia do Ministério Público brasileiro é reduzida à estrita observância da legislação processual criminal, não lhe sendo dada a discricionariedade de negociar as ações penais ou finda-las com a mera declaração de culpa do acusado.

2.2 Dos magistrados

O agente de relevante destaque e proeminência da atividade jurisdicional, diz respeito à figura do magistrado. Da mesma forma que os membros representantes da acusação americana, os magistrados daquele país também tem seu ingresso e na

carreira jurisdicional de forma diversa da qual ocorre no Brasil. Sem fugir ao tema da aplicabilidade da *plea bargain* no direito brasileiro, faz-se necessário comparar a forma de ingresso na carreira da magistratura no Brasil, frente ao ingresso na magistratura norte-americana, para que, desta forma, se possa comparar a legitimidade e tecnicidade com a qual o poder judiciário destes dois Estados detém para a homologação do acordo de *plea bargain*.

Como já é de conhecimento geral, no sistema judiciário/administrativo brasileiro, o ingresso na carreira da magistratura, por força do artigo 93, inciso I da Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1988), dá-se mediante concurso público de provas e títulos com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as respectivas fases. E será exigido do bacharel em direito o mínimo de três anos de atividade jurídica antes de sua efetivação na carreira da magistratura. Segundo a norma constitucional, o cargo inicial será, via de regra, o de juiz substituto, obedecendo-se a ordem de classificações.

O ingresso na atividade jurisdicional, por força de tal dispositivo, pouco se diferencia do ingresso das outras carreiras profissionais na administração pública em geral. Em verdade, ao observar-se com o devido zelo, a Constituição Federal de 1988, primou, pelo menos em tese, pela tecnicidade ao invés da pessoalidade, sendo tais cargos estritamente impessoais, por força da aplicabilidade dos concursos públicos de provas e títulos. Tudo em homenagem aos princípios administrativos da primazia do interesse público sobre o privado e o da impessoalidade no âmbito administrativo, onde os integrantes da administração pública devem ser, em todas as ocasiões, os mais capacitados tecnicamente para o exercício do cargo.

A Constituição Federal (1988), em seu artigo 94, ainda prevê outra forma de ingresso na carreira da magistratura, por meio do “quinto constitucional”. Por este meio, consolidou-se que um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, bem como dos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal e dos Territórios seriam destinados à advogados de notável saber jurídico e reputação ilibada com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, bem como aos membros do Ministério Público,

também com mais e dez anos de carreira, ambos indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Trata-se, em verdade, de um importante instituto constitucional que visa diversificar e pluralizar o poder judiciário para que haja uma integração entre as partes que atuam frente aos tribunais.

Por meio do quinto constitucional, os sujeitos que antes eram partes, passam a ser julgadores integrantes da magistratura. Tendo em vista que os magistrados nomeados por meio do quinto constitucional já atuaram em processos sob diferentes ângulos, na qualidade de magistrados, é cediço que sua perspectiva como julgador será enriquecida com a experiência obtida em suas prévias atuações como advogados ou membros do Ministério Público.

A promoção na carreira da magistratura no Brasil dá-se mediante os critérios de antiguidade e merecimento. Em regra, salvo os magistrados do quinto constitucional, a carreira inicia-se com o cargo de juiz substituto, passando ao cargo de juiz titular até atingir o respeitável cargo de desembargador nos Tribunais de Justiça ou Regionais Federais de segunda instância, observando-se sempre a meritocracia e a experiência do magistrado.

Já nos tribunais superiores, os critérios são outros. O ingresso nestas cortes dá-se mediante nomeação do Presidente da República, sujeita a posterior chancela do Senado Federal depois da sabatina do indicado à vaga Ministro. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, é composto por, no mínimo, trinta e três ministros dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, com notável saber jurídico e reputação ilibada. A composição da Corte é dividida da seguinte forma, um terço da composição será oriundo de juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço de desembargadores dos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal e dos Territórios, todos indicados mediante lista tríplice elaborada pelo próprio tribunal. Ainda, da mesma forma que previamente aludido no quinto constitucional, o outro um terço da corte será destinado aos advogados e membros representantes do Ministério Público indicados alternadamente (BRASIL, 1988).

Já o Supremo Tribunal de Federal, por sua vez, é composto por onze ministros

dentre brasileiros natos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, com notável saber jurídico e reputação ilibada. Após a indicação do candidato a Ministro da Corte Constitucional, ele deverá ser sabatinado e aprovado pelo Senado Federal, pela maioria absoluta de seus membros.

À vista disso, faz-se imperiosa a constatação de que a carreira da magistratura brasileira é calcada em um critério técnico, desvinculada de aspectos políticos. Mesmo os indicados às Cortes Superiores pelo Presidente da República, ainda devem provar sua tecnicidade jurídica frente ao Senado Federal, para, só então, serem efetivamente nomeados. Portanto, os magistrados brasileiros, sejam eles concursados, advindos do quinto constitucional ou nomeados, tem como premissa básica a meritocracia e a impessoalidade com a qual vêm a exercer a carreira da magistratura.

Já a magistratura norte-americana, por outro lado, é regida por princípios díspares aos brasileiros. No país de origem do *plea bargain*, os magistrados são, via de regra, advogados que atuaram em conciliações ou em frentes contenciosas. No entanto, não há a realização de concursos públicos como na praxe brasileira. O ingresso na magistratura varia de estado para estado, mas, via de regra, dá-se, por eleição popular direta. Entretanto, a forma de ingresso também pode se dar mediante a indicação do governador do estado ou do próprio poder legislativo (FONSECA, 2011).

Outra diferença discrepante entre o modelo da magistratura americana e brasileira, é que, naquele país, o cargo de juiz é exercido de forma temporária, ou seja, mediante mandato, diferentemente do modelo adotado no Brasil, onde o cargo da magistratura é exercido até sua aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos de idade.

Já na Suprema Corte norte-americana é composta por nove *justices* (equivalente aos Ministros do STF). Da mesma forma que o modelo brasileiro, os *justices* são nomeados pelo Presidente da República e confirmados pelo Senado Federal norte-americano. A única diferença, no entanto, é que, nos Estados Unidos, os Juízes da Suprema Corte não encontram uma aposentadoria compulsória em razão da idade como no Brasil, sendo este cargo, de fato, vitalício.

Esta breve comparação entre os modelos de estruturação e ingresso na carreira da magistratura norte-americano e brasileiro faz-se necessário para que, tal qual a comparação feita entre os membros representantes do Ministério Público destes dois países, se possa, também, discutir a legitimidade dada aos magistrados para a homologação dos acordos na *plea bargain*. Neste corolário, ao observar a dicotomia entre os dois modelos de magistratura, faz-se patente que há, de um lado, um sistema que prioriza a tecnicidade e, de outro, um sistema que prima pela política, respaldado em legitimidade popular, tendo em vista as eleições diretas ou as escolhas indiretas dos magistrados norte-americanos.

Tudo isso faz-se evidente ao se observar que o sistema jurídico norte-americano é pautado pela *common law*, ou seja, a sua principal fonte de direito é a opinião popular, senso comum e os costumes. Desta forma, ao estabelecer um sistema de eleições e nomeações para os cargos da magistratura, o respaldo ao seu sistema jurídico resta evidenciado. Portanto, os americanos delegam ao povo o poder de escolher seus julgadores mediante a vontade popular, tendo em vista que a própria fonte de direito também encontra-se consubstanciada nesta mesma vontade popular. Assim, tem-se, pelo menos em teoria, um sistema onde as leis advêm do povo e os julgadores são eleitos pelo povo, restando, desta forma, também o poder judiciário respaldado pela democracia e vontade popular como os demais poderes da república.

No Brasil, mais uma vez, houve uma simbiose ao importar as teorias estrangeiras. Assim, temos um sistema de organização da magistratura que se dá de forma a misturar os elementos da *common law*, como no caso de nomeações do quinto constitucional ou dos Ministros de cortes superiores, e os da *civil law*, no tocante à primazia dada às qualidades técnicas dos mais qualificados a exercer a função pública por meio de concursos públicos. O Brasil, portanto, adota um sistema misto de ingresso à carreira da magistratura, de sorte que a legitimidade atribuída aos magistrados, será tanto advinda do povo ainda que indiretamente mediante as nomeações, bem como, de forma objetiva por meio dos concursos públicos.

Resta demonstrado, desta forma, mais uma diferença de contexto e cenário entre

o Brasil e o local de origem da *plea bargain*, os Estados Unidos da América. Percebe-se que todo o modelo organizacional, quanto o de ingresso na carreira, bem como no tocante à legitimidade da magistratura, são diametralmente opostos entre estes dois países, de sorte que, para que a *plea bargain* encontre aplicabilidade no Brasil dever-se-á refletir sobre mudanças ou no instituto, ou na estruturação da magistratura brasileira.

2.3 Do Júri popular

Como será observado, o júri popular é outra peça fundamental para se entender como funciona os julgamentos nos Estado Unidos, a aplicabilidade da *plea bargain* e, também, para se dar continuidade à comparação entre o modelo de justiça norte-americano e o brasileiro. Pelo fato de o júri popular aparecer em diversas culturas desde tempos demasiadamente remotos, é difícil precisar com exatidão uma data para seu surgimento. Entretanto, pactuou-se, no meio acadêmico, que o júri popular, tal como o conhecemos, surgiu no século XIII na Inglaterra, onde, ressalta-se, tal como no modelo norte-americano, é regido pelo sistema jurídico da *common law*.

A etimologia da palavra júri advém da palavra em latim *jurare*, cujo significado consubstancia-se em fazer um juramento ou jurar algo (OLIVEIRA; NOGUEIRA, 2015). Nesta toada, fica evidente a importância do instituto para as democracias, sendo a função de jurado uma posição exerceria por um cidadão que jura aplicar as leis de seu Estado, seja ela positivada ou advinda do direito consuetudinário, agindo como um juiz leigo para julgar seus pares. Portanto, são cidadãos julgando outros concidadãos. Contudo, cada país estabeleceu uma maneira para reger os procedimentos adotados pelo júri popular.

No Brasil, o júri é tratado como uma garantia constitucional prevista pelo Constituição Federal de 1988, no rol de garantias fundamentais do artigo 5º, inciso XXXVIII. Trata-se de um direito basilar e estabelece um rito na organização judiciária brasileira, devendo prevalecer sobre leis infraconstitucionais. Nota-se, aqui outra influência da *civil law* no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que, o rito do tribunal do júri encontra seus procedimentos totalmente positivados na lei processual. Diferentemente dos Estados Unidos, o júri brasileiro só tem competência para julgar

crimes dolosos contra a vida, tendo sua aplicabilidade limitada somente a estes casos, não admitindo-se supressão de sua competência sob nenhum pretexto, neste sentido, reza a Constituição Federal de 1988:

Artigo 5º. XXXVIII – e reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
a) a plenitude de defesa;
b) o sigilo das votações;
c) a soberania dos veredictos;
d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; [...] (BRASIL, 1988)

Pelo fato já mencionado do Brasil ter suas origens calcadas no sistema da *civil law*, a aplicação da lei, em tese, deve se dar de forma mais objetiva possível, sendo a opinião popular, para este sistema jurídico, irrelevante para a aplicação do direito. Por este motivo, a competência do tribunal do júri brasileiro é reduzida e, na maioria dos casos, caberá a um juiz togado a incumbência de conduzir o julgamento de forma técnica, sendo a Lei preponderante à vontade popular, diferentemente do que ocorre nos países adeptos da *common law*.

Já nos Estados Unidos, por outro lado, a competência da atuação do tribunal do júri é demasiadamente expandida em relação à brasileira, podendo ser aplicado, inclusive, para julgamentos na esfera civil. Naquele país, o júri popular também encontra previsão constitucional e foi instituído pela 6º emenda à constituição americana que dá à todos os cidadãos o direito ao julgamento pelo júri popular, nos seguintes termos, *in verbis*:

Nos processos de direito consuetudinário, quando o valor da causa exceder vinte dólares, será garantido o direito de julgamento por júri, cuja decisão não poderá ser revista por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito costumeiro. (ESTADOS UNIDOS, 1787 apud OLIVEIRA; NOGUEIRA, 2015, p. 6)

Devido à amplitude de suas competências, o tribunal do júri encontra no direito norte-americano uma complexidade amplificada por diversos regulamentos que regem sua aplicabilidade. Em suma, nos processos criminais, o tribunal do júri norte-americano pode ser exercido pelo chamado *grand jury* que é composto, em regra, por vinte e três

jurados, reunidos para avaliar se as provas apresentadas são suficientes para comprovar a autoria e materialidade do crime imputado ao acusado. Se o *grand jury* entender que as provas são o suficiente para denunciar o acusado, ele, então, vira réu e poderá ser julgado por um júri com a composição reduzida, em regra de seis a doze jurados a depender do estado e do crime praticado. Em verdade, o *grand jury* exerce o mesmo juízo que o magistrado brasileiro ao analisar as provas obtidas para receber ou rejeitar a denúncia criminal (OLIVEIRA; NOGUEIRA, 2015).

Então, se o *grand jury* aceitar a denúncia do acusado e este virar réu na ação criminal, será ele levado à presença de um juiz togado para declarar-se culpado ou inocente, ou, na terminologia norte-americana, *plea guilty* ou *plea innocent*. É neste momento que é dada a oportunidade de o réu renunciar ao direito de ser julgado pelo júri popular, declarando-se culpado, *pleaing guilty*, e, eventualmente, aceitar um acordo oferecido pelos promotores de justiça. É nesta fase processual que ocorre a *plea bargain*, onde a acusação americana e o réu poderão negociar a punição aplicável e as informações a serem barganhadas, bastando que ambos aceitem os termos e o réu se declare culpado, renunciando, assim, ao julgamento pelo júri popular.

Em verdade, o aceite da *plea bargain* é uma renúncia ao direito constitucional do réu de ser julgado pelo júri. Quanto a este ponto, são imprescindíveis as palavras de Oliveira e Nogueira, (2015, p. 7):

Embora nos Estados Unidos o direito ao julgamento pelo Júri tenha caráter de direito fundamental, o acusado tem a faculdade de abrir mão deste julgamento, optando por ser julgado por um juiz togado, desde que, receba a acusação por um crime mais brando, esse fenômeno é denominado “guilty plea” que é a “possibilidade de o acusado se declarar culpado”. Outro fenômeno realizado no júri norte-americano é a chamada “plea bargaining”, ou “plea bargain”, que é a possibilidade de realização de acordo entre o réu e a acusação, que viabiliza a utilização da guilty plea. Por exemplo: o investigado que cometeu um homicídio qualificado pode negociar com a promotoria para fins de reconhecer sua culpa em troca de uma acusação de homicídio simples. Nos Estados Unidos, cerca de noventa por cento das causas criminais são resolvidas pela aplicação da plea bargain.

Neste diapasão, fica clarividente que todo o sistema procedimental que rege a

justiça criminal americana é voltado para os anseios e vontades da população, seja por meio de um julgamento pelo tribunal popular do júri ou pelo acordo ofertado por um membro da acusação que, direta ou indiretamente, recebeu legitimidade popular para exercer o cargo. Vislumbra-se, pois, a imperatividade da *common law* em seu mais elevado baluarte, a supremacia da opinião pública seja ela exercida direta ou indiretamente.

Portanto, resta demonstrado que, o júri popular norte-americano é estruturado por meio da ideia estadunidense de que, em sua democracia, o povo deve exercer um papel predominante em todas as esferas da atividade pública, inclusive no poder judiciário. Percebe-se, também, que é em meio a todo este sistema procedimental, diametralmente oposto ao sistema brasileiro, que o instituto da *plea bargain* se encontra inserido.

3 DAS ESPÉCIES DE JUSTIÇA NEGOCIAL JÁ EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO

O direito brasileiro, no que tange à esfera criminal, já adota formas mais tímidas de soluções conflituais por meio da Justiça Negocial. Entretanto, tal possibilidade, em regra, restringe-se aos crimes considerados de menor potencial ofensivo, onde, muitas vezes, o próprio fato de o acusado integrar o polo passivo em um processo criminal, já representa, por si só, uma punição ao fato a ele imputado.

Neste sentido, para que se de continuidade à análise dos institutos que serão analisados e, também, para eliminar qualquer tipo de confusão, faz-se necessário afirmar que todos os institutos que serão mencionados enquadram-se na esfera da Justiça Negociada, englobada, por sua vez, no grande gênero da Justiça Consensual.

Desta forma, alguns dos modelos de Justiça Negociada já existentes no Brasil são os institutos previstos na lei que disciplina os juizados especiais brasileiros, Lei 9.099/95; a colaboração premiada, regida pela Lei de Organizações Criminosas, Lei 12.850/2013; e alguns institutos previstos no próprio Código Penal Brasileiro, o decreto-Lei 2.848/1940. Alguns destes institutos estabelecem que o magistrado e Ministério Público, sempre que preenchidos os devidos requisitos legais, poderão suspender o processo ou, até mesmo, eximir o acusado da pena privativa de liberdade.

Percebe-se, então, que, a Justiça Negocial já encontra pleno respaldo no ordenamento jurídico brasileiro e, inclusive, encontram-se em implementação desde 1995 com o advento da mencionada Lei dos Juizados Especiais, Lei 9.099/95. A referida lei prevê a possibilidade do juiz, sempre que preenchidos os requisitos legais, suspender o processo do acusado mediante algumas condições, bem como a possibilidade de se transacionar a pena do acusado ou, também, substituir a persecução penal e convertê-la em reparações civis de danos. Já o Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei 2.848/1940, dá ao juiz a oportunidade de substituir a pena privativa de liberdade, por penas restritivas de direito. Também, outro enfoque que ganhou bastante notoriedade nos últimos anos foi a famigerada Lei n. 12.850/13, Lei das organizações criminosas, que prevê o instituto

da delação premiada, onde o acusado poderá oferecer informações sobre a estrutura da organização criminosa a qual ele fora integrante, para, com isto, obter uma diminuição ou abrandamento da pena.

Portanto, à vista disso, vislumbra-se que todos estes instrumentos da justiça criminal negocial já estão sendo aplicados no Brasil, então, qual seria, porventura, a dificuldade de se implementar, também, o *plea bargain* em todas as suas espécies tal como na justiça norte-americana? A complexidade da matéria demonstra-se quando se tem em vista que, a estrutura dos sistemas jurídicos, dos agentes envolvidos e a forma de julgamento são antagonicamente diferentes entre os Estados Unidos e o Brasil. Como já fora previamente mencionado, a liberalidade exercida pelos promotores americanos estende-se desde o poder de alterar os fatos da acusação até, porventura, sugerir uma sentença ao juiz, levando em consideração que, em caso de prosseguimento do julgamento, o veredito referente ao julgamento dos crimes será dado pelo povo, constituídos sob o tribunal do júri.

3.1 Transação penal

A transação penal é um instituto amplamente utilizado no Brasil e tem sua previsão legal calcada nos artigos 72 e seguintes da Lei dos Juizados Especiais, Lei 9.099/95. Trata-se de instituto aplicável às contravenções penais, ou seja, crimes de menor potencial ofensivo com pena máxima de até dois anos, nos termos do artigo 61 do mesmo diploma legal. Portanto, antes de escrutinar o instituto em questão, deve-se, primeiramente, ler a forma como ele encontra-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Assim rezam os artigos relevantes para a compreensão acerca da transação penal da Lei 9.099/95:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

[...]

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a

possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

[...]

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. (BRASIL, 1995):

Pelo fato de a competência atribuída aos juizados especiais criminais serem restritas aos crimes de menor potencial ofensivo, nota-se que o mesmo será regido por princípios diferentes da justiça criminal comum, uma vez que os fatos aqui praticados são considerados de menor lesividade e, por este motivo, suas penas são iguais ou inferiores a dois anos. Desta forma, tem-se que os crimes submetidos aos juizados especiais criminais serão regidos pelo rito sumaríssimo do processo penal e atenderão aos princípios da oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual e celeridade.

Dito isto, nota-se que este instituto encontra-se inserido na fase preliminar do processo penal nos juizados especiais criminais. Portanto, a transação penal ocorrerá em momento anterior ao processo propriamente dito. Assim, depreende-se do referido artigo 72 supracitado, que haverá duas possibilidades para impedir o prosseguimento da ação penal nos crimes de menor potencial ofensivo. A primeira é a chamada composição civil dos danos e a segunda, de outro lado, é a transação penal propriamente dita (PINTO, 2014).

A composição civil dos danos diz respeito a possibilidade de o acusado poder livrar-se do prosseguimento da ação penal movida contra ele, se restar acordado, na audiência preliminar, que o acusado se dispõe a reparar os danos por ele supostamente causados por meio de uma composição civil, ou seja, uma reparação pecuniária. Cita-se, para fins de esclarecimento, o exemplo doutrinário onde um acusado de pichar um muro, submete-se à composição civil dos danos e acorda em pagar o equivalente à reparação daquela parede pichada. Com isto, o acusado deixa de responder a um processo criminal, para custear, no âmbito civil, a reparação de seu ato lesivo.

Já a transação penal propriamente dita, pode ser conceituada como a

possibilidade de se impedir que o acusado continue a responder a ação penal, se ele concordar em ter substituídas as eventuais penas privativas de liberdade que lhe seriam impostas caso condenado, por penas restritivas de direitos, tais como, serviço comunitário, pagamento de valores à instituições de caridade, multa, entre outras. Ainda, faz-se demasiadamente importante frisar que, na transação penal, diferentemente da *plea bargain*, não há a assunção de culpa do acusado, sendo a sua eventual confissão irrelevante para a aplicação de tal instituto.

Desta forma, ambas as hipóteses trazidas pelo artigo 72 da Lei 9.099/95, necessitam, para sua aplicação, que o juiz observe o cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos elencados pelo parágrafo segundo do artigo 76 do mesmo diploma legal. Ainda, uma vez preenchido os requisitos legais e aceita a proposta de transação penal, o acusado ficará impossibilitado de ser contemplado com outra transação penal pelo período de cinco anos.

Neste corolário, nota-se que o verdadeiro sentido deste instituto de Justiça Consensual Negociada é dar uma segunda chance ao acusado, para que, desta forma, se evite que ele sofra uma condenação criminal o que acarretaria, inevitavelmente, em maus antecedentes, bem como em punições mais severas. Também, o que vem sendo demonstrado de forma empírica, é que, a sanção de cunho civil ou patrimonial demonstra-se como mais educativa do que as penas privativas de liberdade. Devido à precariedade do sistema carcerário brasileiro, nota-se que as penitenciárias falham em ressocializar os internos e, por esta razão, o número de reincidências delituosas é amplificado para integrantes do sistema prisional.

3.2 Suspensão condicional do processo

Assim como a transação penal e composição civil dos danos, a suspensão condicional do processo, também encontra sua previsão legislativa na Lei dos Juizados Especiais, Lei 9.099/95, mais especificamente, em seu artigo 89. Pelo fato de deste instituto também encontrar-se inserido nos juizados especiais criminais, igualmente, deve-se aplica-lo apenas aos crimes de menor potencial ofensivo. Diferentemente do

instituto da transação penal, a suspensão condicional do processo apenas é aplicável aos crimes cuja pena máxima em abstrato seja igual ou inferior a um ano. Para melhor compreensão do instituto, faz-se necessário sua leitura na Lei 9.099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). (BRASIL, 1995)

Uma vez que o acusado não esteja respondendo a outro processo criminal ou não tenha sido anteriormente condenado, bem como preencha os requisitos do artigo 77 do Decreto-Lei nº 2.848/40, poderá ele fazer jus ao instituto da suspensão condicional do processo. Por meio deste instituto, uma vez aceita a proposta oferecida pelo Ministério Público, o processo será suspenso até que o acusado tenha completado as condições impostas pelo período de dois a quatro anos, como a reparação do dano, proibição de frequentar determinados lugares, prestar contas ao juiz, entre outras. Passado isto, e tendo o acusado cumprido com o que fora pactuado, será declarada a extinção de sua punibilidade e encerrado o processo.

Importante mencionar que, tal como na transação penal, a suspensão condicional do processo não enseja em admissão de culpa pelo fato imputado ao acusado, diferentemente do que ocorre na *plea bargain*. Outra característica que assemelha a transação penal e a suspensão condicional do processo, diz respeito à tentativa de reparação civil dos danos, antes de se estabelecer outras condições à suspensão. Portanto, é mais uma tentativa de tornar um problema que seria enfrentado com sanções penais e convertê-lo em sanções civis, mudando o foco da pena do corpo do acusado, ao seu patrimônio.

Com isto, se observar que, mais uma vez, a intenção de tal instituto visa oferecer ao acusado uma nova chance em que, por meio do cumprimento de algumas condições impostas, ele possa manter-se hígido, permanecendo com bons antecedentes criminais e sem sofrer penas privativas de liberdade. Este é, portanto, outro instituto derivado da

Justiça Negocial Consensual já em pleno uso no processo criminal brasileiro, que tem por finalidade, não a assunção de culpa como é feita na *plea bargain*, mas, de outra forma, dar ao acusado de cometer crimes leves, uma nova oportunidade de se reestruturar e dar um novo caminho à sua vida, ou seja, ressocializar-se.

3.3 Colaboração Premiada

O presente instituto é, sem dúvidas, o mais comentado atualmente e o que mais se assemelha ao *plea bargain*. Trata-se do mesmo instituto utilizado na famigerada operação “Lava Jato” e amplamente divulgada pela mídia ao publicar matérias criminais. Por meio da colaboração premiada, o acusado que, voluntariamente, decide colaborar com as investigações, prestando informações relevantes para o desmantelamento da organização criminosa investigada, poderá obter uma redução de pena ou, até mesmo, uma substituição por pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O instituto está previsto no artigo 4º da Lei de organizações criminosas (2013), e estabelece o seguinte:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (BRASIL, 2013)

A colaboração ocorre no momento em que o acusado, espontaneamente, decide colaborar com as investigações, delatando, por assim dizer, a própria organização criminosa da qual fizera parte. Desta forma, após prestar as informações relevantes e firmar um acordo com o membro representante do Ministério Público, o acordo será levado ao juiz para que, conferindo a presença dos requisitos legais que lhe autorizem, o homologue e reduza a pena do acusado em até 2/3 (dois terços) ou, até mesmo, substitua

a pena privativa de liberdade pela privativa de direitos.

Entretanto, a crítica que, com frequência, é atribuída a este instituto é que, na maioria dos casos, prende-se preventivamente o acusado para que se possa obter um acordo em momento posterior. Assim, a prisão seria utilizada, em tese, como meio de coerção para que o acusado experimente primeiro as amarguras da vida carcerária, para que, só então, lhe seja negociado um acordo de redução de pena em troca de informações. Tal dilema demonstra-se como o ponto relevante para Justiça Negociada, uma vez que, estar-se-ia discutindo a validade da coerção, ainda que de forma legal como a prisão, para obter-se acordos ou provas (SILVA, 2016).

Ora, é sabido que até mesmo na esfera civil, a utilização da coerção como meio da celebração de contratos ou negócios jurídicos é inválido, inadmissível e é tratado como vício de negócios jurídicos. Portanto, não se poderia esperar outra reação da esfera criminal, onde o que se pleiteia é um bem sagrado ao ser humano, a sua liberdade. É cediço que as prisões cautelares e processuais são de suma importância para o devido cumprimento da legislação penal, todavia, estas mesmas medidas podem ser consideradas como meio de coerção para a implementação da colaboração premiada e cabe ao magistrado distinguir, no caso concreto, a coerção da devida aplicação das prisões cautelares.

Como já estabelecido previamente, o presente projeto de pesquisa não visa apresentar respostas uníssonas e categóricas às perguntas que, inevitavelmente, surgirão. Contudo, o objetivo é fazer com que, por meio da conceituação e exposição das críticas, crie-se um elemento questionador, para que o leitor possa, por intermédio deste projeto, encontrar terreno fértil para a elaboração de suas próprias respostas por meio do estudo aqui apresentado.

Neste sentido, faz-se mister ressaltar que a colaboração premiada foi o instituto que viabilizou a “operação lava jato” e mapeou uma corrupção sistêmica que entranhou-se dentro das instituições públicas brasileiras, não dizendo respeito a apenas um partido político, mas, sim, à todo o sistema público e, por isto, o instituto demonstrou-se de grande importância ao processo criminal brasileiro. Desta forma, sem fugir ao tema

proposto, a teoria por trás do instituto da colaboração premiada é, de fato, eficaz no combate ao crime organizado e, por esta razão, encontrou respaldo no meio jurídico e acadêmico, restando suas críticas focadas no tocante à condução da colaboração premiada e não ao instituto em si.

3.4 Acordo de não persecução penal

Diferentemente dos demais institutos da justiça negociada previamente aduzidos, o acordo de não persecução penal é uma realidade demasiadamente atual. A possibilidade de tal acordo advém da lei denominada “Pacote Anticrimes”, Lei 13.964/2019, que trouxe as mais variadas mudanças no direito penal e processual penal. Ao invés da implementação da *plea bargain* de forma irrestrita, como previa o projeto original desta lei, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal adotaram um meio caminho e, desta forma, estabeleceram o acordo de não persecução penal para crimes sem violência e que não ultrapassem quatro anos de pena máxima em abstrato, para substituir a *plea bargain*. Também chamado de ANPP, tal instituto foi introduzido no artigo 28-A do Código de Processo Penal (RAMOS, 2018).

Neste sentido, para que haja a homologação do acordo de não persecução penal firmado entre o acusado e o membro representante do Ministério Público, o acusado deverá preencher os seguintes requisitos: confessar a autoria no crime, não ser o crime praticado com violência ou grave ameaça, não ser o caso de arquivamento da investigação, a pena máxima em abstrato do tipo penal deverá ser inferior a quatro anos, o crime não ter sido praticado em situação de violência doméstica, o agente não ser reincidente, não ser o caso de aplicação da transação penal, ter o agente bons antecedentes e não ter sido beneficiado com transação penal, suspensão condicional do processo ou o próprio acordo de não persecução penal nos cinco anos anteriores.

Desta forma, uma vez preenchidos os requisitos e desde que haja o consentimento voluntário do acusado, o acordo será proposto e será pactuado o cumprimento de algumas condições ajustadas, que variarão desde a reparação do dano ou restituição da coisa objeto do ilícito, à prestação de serviços a comunidade, o

pagamento de prestação pecuniária ou outras medidas determinadas pelo Ministério Público. Após o firmamento do acordo, o mesmo deverá ser encaminhado à homologação do juiz que, em tese, deveria ser o juiz de garantias (outra inovação trazida pela Lei 13.964/19 que, até a finalização da presente pesquisa encontra-se com eficácia suspensa por decisão no STF) e deverá ser realizada uma audiência para a apuração da voluntariedade do acusado e do cumprimento dos requisitos legais.

Se o Magistrado entender que o acordo é desproporcional e que as medidas são inadequadas, insuficientes ou que não seja o caso de sua propositura, o acordo retornará ao Ministério Público para sua devida adequação ou, se for o caso, o magistrado determinará a continuidade das investigações e o prosseguimento da denúncia do acusado. De outro lado, se o magistrado consentir com o acordo, este será homologado e terá seu cumprimento perante o juiz da execução.

Em caso de descumprimento das medidas estabelecidas no acordo, o membro do Ministério Público informará ao juízo competente para que haja sua rescisão e o posterior oferecimento de denúncia criminal. Importante frisar que, a vítima será intimada da homologação do acordo, bem como de seu eventual descumprimento. Também, a aceitação e o cumprimento do acordo não constarão na certidão de antecedentes criminais do acusado, exceto para àquela averiguação já mencionada da proibição de usufruir do benefício por cinco anos. Uma vez cumprido o acordo em sua integralidade, o acusado terá extinta sua punibilidade.

Por fim, uma vez escrutinado o instituto, resta passar à uma análise teórica do mesmo. Como observado nos demais mecanismos de solução de conflitos penais por meios negociais, a intenção do legislador em solucionar situações criminais menos graves, cujo a pena máxima seja de até quatro anos, por meio de medidas diversas da prisão é, de fato, louvável. Entretanto, o fato de o acusado ter de se declarar culpado e “confessar o crime” para obter o benefício do acordo de não persecução penal demonstra-se um método que poderá ter sua constitucionalidade questionada.

Ora, muito embora o cumprimento do acordo não conste na lista de antecedentes criminais do acusado, o fato deste “confessar” a autoria de um crime para

obter vantagens colide com o princípio da verdade real, uma vez que interrompe-se uma investigação em curso com a simplória assunção de culpa por parte de alguém que é investigado e deseja, acima de tudo, por fim à persecução penal. Mesmo quem não cometeu crime algum, pode sofrer com a acusação criminal. Mesmo tendo consciência de sua inocência, tal pessoa poderia vir a confessar um delito o qual não praticou, só pra se ver livre da ação penal. Por estes motivos, a assunção de culpa demonstra-se como uma medida questionável dentro da Justiça Criminal e poderá ser amplamente debatida no meio jurídico.

Explanados os devidos elogios e as pertinentes críticas, pelo fato do instituto ser demasiadamente recente no ordenamento jurídico brasileiro e, destaca-se, a ferramenta mais próxima do *plea bargain* até então no Brasil, não sabe-se ao certo como será sua efetiva aplicação, se ainda terá sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal ou se, porventura, haverá qualquer modificação legislativa. A resposta para essas perguntas, foge da alçada da presente pesquisa e poderá ser objeto de estudo futuro. Entretanto, a reflexão sobre o instituto persiste e, com ela, a devoção dos operadores do direito sobre o tema.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto pela presente pesquisa, vislumbrou-se que os sistemas jurídicos, os agentes envolvidos e as formas de Justiça Negocial brasileiras foram minuciosamente escrutinados e comparados para se buscar a problematização da questão que dá título à pesquisa, ou seja, a aplicabilidade da *plea bargain* no direito brasileiro. Após demonstradas as principais diferenças entre o ordenamento jurídico brasileiro e norte-americano, as dificuldades para a importação do instituto tal como ele se encontra em seu país de origem, revelam-se demasiadamente problemáticas em razão das peculiaridades demonstradas naquele país.

O primeiro obstáculo foi encontrado nos diferentes sistemas envolvidos nos ordenamentos jurídicos comparados, que são o da *common law*, nos Estados Unidos, o *civil law* ou o que se caracteriza, atualmente, como um sistema misto, no Brasil. Desta forma, demonstrou-se que o alicerce sobre o qual a *plea bargain* foi edificada é demasiadamente distinto do brasileiro. Em razão da primazia dos costumes sobre as leis o *plea bargain* encontrou, na *common law*, terreno muito mais fértil para o exercício de negociações entre acusação e acusado.

Percebe-se que, no *plea bargain*, o representante da acusação americana pode mudar a acusação, suprimir crimes, mudar os fatos narrados ou, até mesmo, sugerir uma pena. Nesta toada, evidencia-se que qualquer sistema que ainda tenha uma mínima parte fundada na *civil law*, com o brasileiro, onde as leis positivadas ainda detêm importante relevância para a dicção do direito, uma negociação em que o Ministério Público poderia alterar os fatos, suprimir acusações ou até mesmo modifica-las é questionável, a não ser que haja uma mudança na estrutura da aplicabilidade do instituto em questão. Assim, a *plea bargain*, em sua forma originária, encontra um impasse com a *civil law*.

Ainda, restou evidenciado outra dificuldade para a aplicabilidade do instituto em sua forma original, no que se refere aos agentes envolvidos. É cediço que a aplicação do direito norte-americano e o brasileiro são distintos, entretanto, a forma como é composto e estruturados os órgãos jurisdicionais, da acusação e do júri popular americano, poucas

vezes é levada em consideração. À vista disto, o presente trabalho buscou empenhar-se em descrever a forma como são estruturados estes órgãos e o modo como seus membros são nomeados ou, como no caso norte-americano, eleitos, sempre traçando um paralelo com o modelo brasileiro. No que tange aos agentes que atuam perante o judiciário, uma diferença entre os dois países demonstrou-se realçada. Nos Estados Unidos, o equivalente aos promotores e procuradores de justiça, bem como os magistrados são, em sua maioria, eleitos ou nomeados, diferente do que ocorre no Brasil, onde a nomeação é realizada após a aprovação em concursos de prova e títulos ou nomeações técnicas. Dito isso, evidencia-se que, em um sistema onde há primazia pelos costumes, o próprio povo escolhe seus representantes para atuarem também na seara judicial e, desta forma, exercer a jurisdição por meio dos costumes, o que denota elevada legitimidade destes agentes que atuam em um sistema de *common law*.

Importante frisar, que tanto o sistema de escolha dos agentes brasileiros quanto os norte-americanos têm suas vantagens e desvantagens, enquanto o primeiro goza de tecnicidade, o segundo, por sua vez, dá primazia à vontade popular. Outro ponto que não deve escapar à atenção, é o fato do julgamento pelo tribunal do júri, diferentemente do que ocorre no Brasil, nos Estados Unidos, o júri popular deverá julgar todos os crimes, exceto, se houver a homologação do acordo de *plea bargain*, onde o acusado renunciará a este direito. À vista disto, percebe-se que o sistema jurídico norte-americano da *common law* encontra sintonia tanto com a escolha dos agentes que atuam perante o poder judiciário, no caso das eleições, quanto na forma de seus julgamentos, pelo tribunal do júri.

Por fim, o trabalho esclareceu algumas formas de justiça criminal negociada já existentes no Brasil. Ao elucidar tais institutos e esclarecer suas finalidades fica clarificante que, diferentemente da *plea bargain* norte-americana, não é a confissão de culpa do acusado o que se almeja. Em verdade, os institutos brasileiros, como a transação penal, suspensão condicional do processo e os demais, têm o caráter de uma medida socioeducativa para os acusados de cometer crimes não graves e sem violência ou grave ameaça à pessoa. Trata-se de um modelo a salutar que, em consonância com a criminologia, vai de encontro à política do encarceramento em massa que não obteve

resultados na redução da criminalidade.

Portanto, tais institutos por terem sido criados sob a égide da *civil law*, são, por natureza, os mais objetivos possíveis, tendo seus procedimentos e possibilidades integralmente positivados pela legislação processual criminal. Apesar de possibilidade de negociação entre o Ministério Público e o acusado, as regras que regem a matéria discriminam os requisitos objetivos para a concessão dos benefícios e os limites da negociação subjetiva, sendo todo o procedimento devidamente inspecionado e homologado pelo Magistrado.

Neste diapasão, ao elencar as principais dificuldades que o instituto da *plea bargain* encontraria ao adentrar o ordenamento jurídico brasileiro, a presente pesquisa cumpriu com seu objetivo. Nunca foi o intuito deste projeto de pesquisa guiar o leitor a uma ou outra conclusão. Em verdade, muito pelo contrário, desde o início, a pesquisa pautou-se pela problematização e, com a finalidade de auferir uma capacidade argumentativa técnica, expôs as pautas relevantes ao tema. No decorrer da elaboração da presente pesquisa, o projeto de lei que estabelecia o denominado “Pacote Anticrimes” e previa a criação da *plea bargain* no Brasil, Projeto de Lei 6.341/2019, efetivamente tornou-se Lei e já está em vigor em todo território nacional, sob a Lei Federal nº 13.964/2019. Entretanto, os artigos que estabeleciam a *plea bargain* foram retirados do projeto durante o trâmite legislativo no senado.

Não obstante a retirada da *plea bargain* do projeto de lei original, já há, no Congresso Nacional, movimentos legislativos que visão, novamente, a inserção de tal instituto ao ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma, o tema não perdeu seu objeto, e, diante de tamanha discussão acerca da matéria, reveste-se, cada vez mais, de interesse tanto acadêmico, como pragmático.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Ricardo de Araújo. **A delação premiada no Brasil**. 2014. Monografia (Pós-graduação em direito), Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, 2014. Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Monografia-Delacao-Premiada-versao-final.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

CAMPOS, F. T. **Sistemas de common law e de civil law**: conceitos, diferenças e aplicações. dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>. Acesso em: 20 dez. 2019.

FONSECA, C. B. G. da; CORREIO, L. S. S.; CORREIO, D. C. R. Ministério público dos estados unidos da américa: uma análise das atuações federal e estadual. **RDIET**, Brasília, V. 11, n. 2, p. 119-151, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/7529/4914>. Acesso em: 20 dez. 2019.

FONSECA, C. F. **O cargo de district attorney**. 02 ago. 2011. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalaw-english/138461/o-cargo-de-district-attorney>. Acesso em: 01 dez. 2019.

GONÇALVES, M. V. **Civil Law e Common Law**. 2018. Disponível em: <https://markullino1987.jusbrasil.com.br/artigos/549093686/civil-law-e-common-law>. Acesso em: 19 dez. 2019.

LEITE, M.O. T.; SILVEIRA, C. **Racionalidade decisória e controle interpretativo no sistema do common law**. [20-?]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8e987cf1b2f1f6ff>. Acesso em: 05 abr. 2020.

OLCHANOWSKI, Nikolai. **Plea bargaining**: análise desde a filosofia da pena. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/47597>. Acesso em: 03 abr. 2019.

OLIVEIRA, Felipe Scaldini. **A justiça consensual no processo penal: o modelo americano e o instituto da plea bargaining**. 2016. Monografia (Bacharelado em direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal De Juiz De Fora, Juiz de Fora, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/xmlui/bitstream/handle/ufjf/3320/felipescaldinideoliveira.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 maio 2019.

OLIVEIRA, M. A. de; NOGUEIRA, J. A. B. **O tribunal do juri: brasil x estados unidos: as grandes diferenças e poucas similaridades**. 2015. Disponível em: <https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2015/10/tribunal.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

PINTO, L. A. **O que é Transação Penal?**. 2014. Disponível em: <https://luizantoniofp.jusbrasil.com.br/artigos/148612891/o-que-e-transacao-penal>. Acesso em: 04 maio 2020.

RAMOS, Endril Coutinho. **Acordo de não persecução penal: evolução e aprimoramento do sistema penal brasileiro**. 2018. Monografia (Bacharelado em direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2018. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/7473/67647902>. Acesso em: 01 abr. 2019.

SILVA, Camila Alves. **A delação premiada como instrumento de combate ao crime organizado: uma visão entre a ética e o punitivismo**. 2016. Monografia (Bacharelado em direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/xmlui/handle/ufjf/3302>. Acesso em: 02 abr. 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em:

<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/6943#preview>. Acesso em: 01 abr. 2019.